

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 1/2020

LA COMUNICAZIONE ALLA CORTE PENALE INTERNAZIONALE SULLE RESPONSABILITÀ DEI LEADER EUROPEI PER CRIMINI CONTRO L'UMANITÀ COMMESSI NEL MEDITERRANEO E IN LIBIA. UNA LETTURA CRITICA

di Alberto Pasquero

***Abstract:** Una Comunicazione alla Procura della Corte Penale Internazionale ha imposto all'attenzione pubblica il tema della responsabilità penale dei vertici dell'Unione europea e dei suoi Stati membri per le gravi violazioni di diritti umani commesse ai danni di persone migranti nel Mediterraneo e in Libia. Secondo la Comunicazione i leader europei, dapprima riducendo le operazioni di ricerca e salvataggio in mare e in seguito architettando un sistema finalizzato ad intercettare e trasferire forzatamente i cittadini stranieri in Libia, dovrebbero rispondere sia delle morti per annegamento non più impedito, sia dei reati subiti da chi è stato respinto e riconsegnato ai suoi aguzzini. La ricostruzione fattuale e giuridica della Comunicazione convince soprattutto in relazione a quest'ultimo profilo ed impone pertanto alla Procura un'attenta riflessione in vista della possibile apertura di una valutazione preliminare. Si tratterebbe di un fatto inaudito e straordinariamente significativo, sebbene si tratti di una possibilità remota. La Comunicazione rappresenta comunque un passo fondamentale nel dibattito politico-giuridico sul tema migratorio, infrangendo il tabù che ha impedito fino ad ora di pensare ai leader politici europei anche come possibili responsabili di gravi crimini internazionali.*

***Abstract:** A Communication to the Prosecutor of the International Criminal Court has put the spotlight on the issue of criminal liability of EU and Member States' leaders for serious human rights violations against migrants in the Mediterranean and in Libya. According to the Communication, European leaders, first by reducing search and rescue operations at sea and subsequently by designing a system aimed at intercepting and transferring foreign citizens to Libya, should be held accountable both for deaths by drowning and for the serious crimes suffered by those who have been pushed back into the hands of their torturers. The Communication supports this pledge with convincing factual and legal arguments, especially in relation to the latter type of responsibility. The Prosecutor must now carefully consider whether or not to carry out a preliminary assessment. While this would be a historical development, it remains a rather unlikely prospect. Whatever its outcome, the Communication represents a landmark step in the political and legal debate on migration, breaking the taboo that has so far prevented public opinion from seeing European political leaders also as suspects of atrocious international crimes.*

LA COMUNICAZIONE ALLA CORTE PENALE INTERNAZIONALE SULLE RESPONSABILITÀ DEI LEADER EUROPEI PER CRIMINI CONTRO L'UMANITÀ COMMESSI NEL MEDITERRANEO E IN LIBIA. UNA LETTURA CRITICA

di Alberto Pasquero*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I reati contestati: la «prima *policy*» (2013-2015). – 3. I reati contestati: la «seconda *policy*» (2015-2019). – 3.1. Responsabilità *primaria* per la predisposizione del sistema libico di intercettazione e respingimento: *direct co-perpetration*. – 3.2. Responsabilità *accessoria* per la predisposizione del sistema libico di intercettazione e respingimento: *aiding e abetting*. – 3.3. Responsabilità primaria per contributi a singole operazioni di intercettazione e respingimento: *co-perpetration*. – 3.4. Altri possibili titoli di responsabilità relativi alla «seconda *policy*» (esecuzione mediata, istigazione, responsabilità di comando). – 4. La qualificazione delle ipotesi di reato come crimini contro l'umanità. – 5. La giurisdizione della Corte. – 6. I potenziali indagati. – 7. Prospettive di indagine e osservazioni conclusive.

1. Introduzione

Il 3 giugno 2019, i giuristi Omer Shatz e Juan Branco hanno presentato alla Procura della Corte Penale Internazionale (CPI) una Comunicazione¹ in base all'articolo 15 dello Statuto di Roma², sollecitando un'indagine sulle responsabilità penali dei vertici dell'Unione europea e dei suoi Stati membri per crimini contro l'umanità commessi ai danni di persone migranti nel Mediterraneo e in Libia a partire dal 2013 fino ad oggi.

Più precisamente, la Comunicazione afferma che questi leader europei³ si sarebbero resi responsabili di un «attacco esteso e sistematico» ai danni della popolazione di civili

* Avvocato, dottore di ricerca in diritto internazionale.

1. *Communication to the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court Pursuant to the Article 15 of the Rome Statute - EU Migration Policies in the Central Mediterranean and Libya (2014-2019)*, 3 giugno 2019, <https://www.statewatch.org/news/2019/jun/eu-icc-case-EU-Migration-Policies.pdf>. Per i primi commenti cfr. P. Pillai, *The EU and Migrant Detention in Libya: Complicity Under the Microscope Finally?* in *Opinio Juris*, 5 luglio 2019, <http://opiniojuris.org/2019/07/05/the-eu-and-migrant-detention-in-libya-complicity-under-the-microscope-finally/>; K. Carlson, *Migration in the Mediterranean: why it's time to put European leaders on trial*, in *The Conversation*, 26 luglio 2019, <https://theconversation.com/migration-in-the-mediterranean-why-its-time-to-put-european-leaders-on-trial-120851>.

2. L'art. 15, co. 1 dello Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale («Statuto di Roma») statuisce che «Il Procuratore può iniziare le indagini di propria iniziativa sulla base di informazioni relative ai crimini di competenza della Corte.».

3. Si utilizzerà quest'espressione nel prosieguo del discorso per fare riferimento in modo collettivo ed indistinto a coloro che ricoprono posizioni apicali all'interno di organi legislativi ed esecutivi tanto dell'Unione europea quanto

stranieri in fuga dalla Libia. Tale «attacco», finalizzato a contenere i flussi migratori diretti verso il continente europeo, sarebbe stato perpetrato attraverso l'ideazione e l'attuazione di politiche che, secondo la Comunicazione, possono essere distinte in due periodi temporalmente contigui.

- Una prima *policy*, messa in atto tra il 2013 e il 2015, sarebbe stata attuata riducendo drasticamente le operazioni di ricerca e salvataggio in mare, nella consapevolezza che ciò avrebbe causato – circostanza che effettivamente si è verificata – un significativo aumento delle morti per annegamento (*infra*, par. 2).

- A partire dal 2015 l'azione dei leader europei sarebbe stata guidata da una seconda e diversa *policy*, avente come oggetto creare e rendere pienamente operativo un sistema volto ad intercettare e trasferire forzatamente in Libia i migranti in fuga dal Paese attraverso il Mediterraneo, nella consapevolezza che una volta sbarcati sarebbero stati esposti ad un elevato rischio di divenire vittime di gravissimi reati tra cui omicidi, torture e violenze sessuali (*infra*, par. 3).

La Comunicazione afferma pertanto che i leader europei dovrebbero essere chiamati a rispondere sia delle morti per annegamento sia dei gravissimi reati subiti dalla popolazione di civili stranieri respinti in Libia. Tali condotte dovrebbero essere qualificate come crimini contro l'umanità ai sensi dell'art. 5 dello Statuto di Roma, in ragione dell'estensione e della sistematicità del disegno criminoso del quale costituiscono attuazione (*infra*, par. 4).

Nessun dubbio sussisterebbe in merito alla giurisdizione della Corte, essendo i potenziali indagati cittadini di Stati parte dello Statuto di Roma, che non risulta abbiano intrapreso alcuna azione giudiziaria per indagare o perseguire i crimini in oggetto (*infra*, par. 5).

Sebbene la Comunicazione non si riferisca in modo individuale ad alcun presunto autore delle condotte illecite, cionondimeno le contestazioni in essa contenute non possono che intendersi come rivolte ai massimi responsabili dell'azione legislativa e di governo sia dell'Unione sia dei suoi Paesi membri. Resta ferma la possibile responsabilità sul piano internazionale sia dell'Unione europea sia di singoli Stati membri causata dalle condotte dei propri organi (*infra*, par. 6).

La Procura della CPI, che su deferimento del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite fin dal 2011 indaga sui reati commessi in Libia a seguito dello scoppio delle rivolte anti-regime, potrebbe decidere di svolgere una valutazione preliminare al fine di valutare se chiedere o meno l'apertura di un'indagine formale, che resta una prospettiva

all'interno dei suoi Stati membri, ricalcando il tenore della Comunicazione che parla di *leaders*, *agents* e *officials*. Nel paragrafo 7 si proverà a specificare meglio chi tra costoro potrebbe essere chiamato a rispondere dei reati oggetto della Comunicazione.

decisamente remota in ragione delle considerazioni anche di natura politica che informano le scelte compiute dalla Procura in merito ai reati da perseguire (*infra*, par. 7).

2. I reati contestati: la «prima policy» (2013-2015)

Secondo la Comunicazione, un primo profilo di responsabilità penale a carico dei leader dell'Unione europea e di alcuni suoi Stati membri deriva dall'aver ideato ed attuato un piano finalizzato a disincentivare i viaggi di migranti dalla Libia verso l'Europa attraverso una drastica riduzione delle operazioni di ricerca e salvataggio in mare (*Search and Rescue* o SAR), nella consapevolezza che il risultato di tale operazione sarebbe stato, con alta probabilità, l'aumento esponenziale dei decessi per annegamento.

L'attuazione del disegno sarebbe iniziata nel 2014, con la decisione di interrompere la nota missione *Mare Nostrum*, istituita dall'Italia l'anno precedente, sostituendola con un'altra missione, denominata *Triton*, con capacità di salvataggio sensibilmente più limitate, in quanto: (a) dotata di mezzi ridotti; (b) finanziata in misura più contenuta (tra gli 1,5 e i 2,9 milioni di euro al mese, a fronte dei quasi 10 al mese spesi per *Mare Nostrum*); (c) dotata di un mandato volto precipuamente al controllo delle frontiere; (d) con una zona operativa limitata a 30 miglia dalla costa di Lampedusa; (e) con capacità di intervento in soccorso esclusivamente in risposta a specifiche deleghe da parte del Centro italiano di coordinamento dei soccorsi in mare (*Italian Maritime Rescue Coordination Centre*, o IMRCC)⁴.

Il reato ipotizzato avrebbe pertanto natura omissiva, consistendo il rimprovero nell'aver omesso di adottare quelle misure, dovute e in precedenza osservate, che avrebbero consentito l'operatività di un sistema di SAR adeguato e impedito il verificarsi di eventi lesivi, quali decessi e gravi traumi psicofisici, a danno di persone migranti vittime di naufragio o altre situazioni di emergenza in mare. Ne discenderebbe, secondo la Comunicazione, che coloro che hanno ideato e attuato queste misure devono rispondere direttamente della causazione di decessi e altri traumi in mare per omesso impedimento⁵.

Come ci si appresta a vedere, il punto più problematico di questa ricostruzione è proprio l'elemento materiale. Di più agevole enucleazione appare infatti l'elemento soggettivo, che costituisce il fulcro del rimprovero, politico ancor prima che giuridico, nei confronti dei leader europei: la Comunicazione afferma che i leader europei agirono nella piena consapevolezza che la condotta da loro posta in essere (e cioè decretare una riduzione delle attività di SAR nel Mediterraneo centrale) avrebbe comportato un drastico

4. Comunicazione, par. 54 ss.

5. La precisa qualificazione giuridica dei reati prospettata dalla Comunicazione è quella di omicidio per omesso impedimento e tortura per omesso impedimento come crimini contro l'umanità; cfr. Comunicazione, par 911.

aumento delle morti in mare, circostanza che si è poi effettivamente poi verificata. A suffragare l'esistenza di tale consapevolezza la Comunicazione cita ad esempio un rapporto interno di *Frontex* del 2014⁶, secondo il quale un ritiro della missione *Mare Nostrum* avrebbe probabilmente comportato un aumento di incidenti fatali. Un funzionario del Consiglio d'Europa aveva inoltre avvertito la UE che il mandato geograficamente limitato di *Triton* avrebbe lasciato priva di soccorsi proprio la fascia più prossima alle coste libiche, in cui si verifica il maggior numero di naufragi e decessi⁷. La consapevolezza delle tragiche, probabili conseguenze della nuova policy della UE si può inoltre inferire dalle dichiarazioni dello stesso presidente della Commissione europea Juncker, il quale all'indomani di due gravi naufragi che nell'aprile del 2015 costarono la vita a centinaia di persone, dichiarò che «interrompere *Mare Nostrum* fu un grave errore che comportò la perdita di vite umane»⁸, senza però che a ciò seguisse un ripristino delle misure in precedenza esistenti o comunque di misure adeguate. Secondo la Comunicazione, la decisione di ridurre le operazioni nel Mediterraneo, lungi dall'essere un "errore", fu un'operazione intenzionale, deliberata nella piena consapevolezza che in conseguenza della sostituzione di *Mare Nostrum* con *Triton* molte vite, prima salvabili, sarebbero state perse⁹.

Se da quanto precede si può desumere la sussistenza di un ipotetico dolo, quantomeno nella sua forma eventuale, meno agevole appare tematizzare l'ipotizzata condotta materiale del reato di crimini contro l'umanità (nella specie: omicidio) per omesso impedimento di decessi in mare.

Di per sé, la costruzione del reato di crimini contro l'umanità come reato omissivo, per quanto insolita, non presenta criticità da un punto di vista teorico-concettuale. Come ricorda la Comunicazione, infatti, nel diritto penale internazionale è dato rinvenire numerosi precedenti giurisprudenziali¹⁰ che hanno affermato la sussistenza di una

6. Frontex, Operations Division, Joint Operations Unit, *Concept of reinforced joint operation tackling the migratory flows towards Italy: JO EPN-Triton: to better control irregular migration and contribute to SAR in the Mediterranean Sea*, 2014, p. 6, https://deathbyrescue.org/assets/annexes/2.Frontex_Concept_JO_EPN-Triton_28.08.2014.pdf. Cfr. Comunicazione, par. 69 ss.

7. L. Davies e A. Nelson, *Italy: End of ongoing sea rescue mission 'puts thousands at risk'*, in *The Guardian*, 31 ottobre 2014, <https://www.theguardian.com/world/2014/oct/31/italy-sea-mission-thousands-risk>; M. Grange, M. Flynn, *Immigration Detention in Libya*, in *Global Detention*, 2015, p. 10, <https://www.refworld.org/pdfid/5567387e4.pdf>. Cfr. Comunicazione, par. 80.

8. Jean-Claude Juncker, *Speech by President Jean-Claude Juncker at the debate in the European Parliament on the conclusions of the Special European Council on 23 April: 'Tackling the migration crisis'*, comunicato stampa della Commissione europea, 29 aprile 2015, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-15-4896_en.htm. Cfr. Comunicazione, par. 112.

9. Comunicazione, par. 113.

10. Cfr. Corte d'appello del Tribunale Penale Internazionale per l'ex Jugoslavia, *The Prosecutor v. Mile Mrkšić and Veselin Šljivančanin*, sentenza del 5 maggio 2009, caso IT-95-13/1-A, par. 68, e *Prosecutor v Stanislav Galić*,

responsabilità penale per il mancato impedimento di eventi lesivi, o addirittura di fatti illeciti altrui¹¹. Occorre notare che i precedenti citati fecero discendere tale responsabilità dal mancato adempimento di un obbligo giuridico di impedire l'evento, obbligo individuato nella volontaria assunzione da parte dell'autore di una posizione di controllo e garanzia (più precisamente, di protezione, ad esempio nei confronti di prigionieri in un conflitto)¹² che com'è noto costituisce il fulcro della responsabilità per reato «commissivo mediante omissione».

Seguendo tale impostazione, anche l'eventuale affermazione della responsabilità penale per omesso impedimento di decessi in mare non potrebbe quindi prescindere dall'individuazione nel diritto internazionale di un obbligo normativo, consuetudinario o pattizio, il cui mancato adempimento abbia contribuito alla causazione dell'evento lesivo. In altri termini, in tanto potrebbe muoversi un rimprovero in relazione agli eventi non (più) impediti in quanto possa dirsi sussistente un obbligo giuridico di approntare, e corrispondentemente di non ridurre o rimuovere laddove già esistente, un sistema idoneo ad impedirli. Tre sono le ipotesi principali che vengono in considerazione¹³.

(a) Anzitutto si devono ricordare le prescrizioni del diritto internazionale relative all'obbligo di prestare soccorso in mare, ed in particolare la nota norma, codificata nell'art. 98 della Convenzione di Montego Bay, che prevede per gli Stati l'obbligo di esigere dal comandante di una nave che batte la sua bandiera di prestare aiuto a chi si trovi in situazioni di emergenza¹⁴. La disposizione, che come buona parte di quelle contenute nella Convenzione non è stata pensata per creare diritti in capo agli individui¹⁵, non impone a carico dello Stato un dovere di intervento di soccorso diretto attraverso risorse e mezzi

sentenza del 30 novembre 2006, caso IT-98-29-A, par. 175; cfr. altresì Tribunale Penale Internazionale per il Ruanda, *The Prosecutor v Vincent Rutaganira*, sentenza del 14 marzo 2005, caso ICTR-95-1C-T, par. 79.

11. Nelle stesse definizioni dei reati fornite della Corte nei c.d. *Elements of crimes* (<https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/336923D8-A6AD-40EC-AD7B-45BF9DE73D56/0/ElementsOfCrimesEng.pdf>) è possibile rinvenire una equiparazione della condotta all'omissione alla nota 6, relativa all'art. 7 dello Statuto.

12. Tale obbligo di agire è stato rinvenuto, nelle pronunce citate, in situazioni in cui è configurabile l'assunzione volontaria di una posizione di protezione da parte di chi comunque eserciti un controllo sulla situazione (ad es. il comandante militare che abbia preso prigionieri, il quale deve prevenire il verificarsi di violazioni nei loro confronti).

13. F. Vassallo Paleologo, *Gli obblighi di soccorso in mare nel diritto sovranazionale e nell'ordinamento interno*, in *Questione Giustizia*, 2018, p. 215 ss., http://questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2018-2_20.pdf.

14. Cfr. l'articolo 98 della Convenzione delle Nazioni Unite di Montego Bay sul diritto del mare, rubricato «Obbligo di prestare soccorso», secondo il quale «Ogni Stato deve esigere che il comandante di una nave che batte la sua bandiera, nella misura in cui gli sia possibile adempiere senza mettere a repentaglio la nave, l'equipaggio o i passeggeri: a) presti soccorso a chiunque sia trovato in mare in condizioni di pericolo; b) proceda quanto più velocemente è possibile al soccorso delle persone in pericolo, se viene a conoscenza del loro bisogno di aiuto, nella misura in cui ci si può ragionevolmente aspettare da lui tale iniziativa».

15. Cfr. F. Delfino, *Considerations of Humanity' in the Jurisprudence of ITLOS and UNCLOS Arbitral Tribunals*, in A. Del Vecchio e R. Virzo (a cura di), *Interpretations of the United Nations Convention on the Law of the Sea by International Courts and Tribunals*, 2019, p. 428.

propri, prevedendo piuttosto un obbligo di diligenza a carico dello Stato¹⁶, che è tenuto a mettere in campo tutti i mezzi a propria disposizione per realizzare l'obiettivo indicato. La norma quindi, lungi dal creare un diritto in capo ai naufraghi ad essere salvati e il corrispondente obbligo di salvar loro la vita, prevede in capo allo Stato solo l'obbligazione (di mezzi, non di risultato), di far sì che le navi battenti la sua bandiera prestino loro soccorso (non, si badi, assicurino la loro incolumità)¹⁷.

Sebbene la Comunicazione non ipotizzi profili di responsabilità penale relativamente al mancato impedimento di decessi derivanti da singoli episodi di naufragio, appare comunque opportuno chiarire, a scanso di equivoci, che si deve escludere la configurabilità a carico degli Stati di un siffatto obbligo generale di salvare vite in mare, tanto più se l'evento avviene al di fuori della propria zona SAR. Ragionando diversamente, infatti, si giungerebbe alla conclusione paradossale di dover ravvisare la responsabilità dello Stato per singoli eventi lesivi avvenuti anche in costanza di operazioni SAR estese ed efficaci, come appunto *Mare Nostrum*.

(b) La Comunicazione si concentra invece su una seconda norma di diritto internazionale in tema di soccorsi in mare consistente nell'obbligo, per gli Stati costieri, di predisporre una zona SAR e garantirne l'operatività¹⁸. Il rimprovero che secondo la Comunicazione deve muoversi ai leader europei a questo riguardo consiste quindi nell'aver deciso di comune accordo di rimuovere le già esistenti misure preordinate all'effettiva capacità di svolgere le attività SAR, creando così le condizioni per un sostanziale e prevedibile incremento dei decessi in mare.

Nel silenzio del diritto internazionale in merito al contenuto preciso di tale obbligo o alle funzionalità minime che un sistema SAR debba assicurare¹⁹, ed in assenza, come si è visto, di un obbligo generalizzato per gli Stati di salvare vite in mare, non sarebbe quindi agevole individuare i criteri in base ai quali sostenere che il sistema di soccorso e salvataggio venutosi a creare in conseguenza della sostituzione di *Mare Nostrum* con *Triton* non soddisfacesse (più) gli *standard* minimi richiesti dal diritto internazionale²⁰.

16. Cfr. D. Guilfoyle, *Article 98 – Duty to render assistance*, in Proelss (ed.), *United Nations Convention on the Law of the Sea. A Commentary*, 2017, p. 725 ss.

17. E. Papastavridis, *Is there a right to be rescued at sea? A skeptical view*, in *Questions of International Law*, 2014, <http://www.qil-qdi.org/is-there-a-right-to-be-rescued-at-sea-a-skeptical-view/>.

18. Cfr. ad es. art. 98, par. 2, della Convenzione di Montego Bay: «Ogni Stato costiero promuove la costituzione e il funzionamento permanente di un servizio adeguato ed efficace di ricerca e soccorso per tutelare la sicurezza marittima e aerea».

19. S. Trevisanut, *Is there a right to be rescued at sea? A constructive view*, in *Questions of International Law*, 2014, http://www.qil-qdi.org/wp-content/uploads/2014/06/02_LOS_Trevisanut_FINAL.pdf, p. 13.

20. Si può anche osservare che seppur gli obblighi degli Stati si siano estesi nel corso degli anni, ad esempio introducendo espressamente nella Convenzione Montego Bay il riferimento all'effettiva operatività dei servizi SAR e non già la loro mera predisposizione (cfr. F. de Vittor e M. Starita, *Distributing responsibility between shipmasters and the*

Inoltre, quale che sia il preciso contenuto degli obblighi in questa materia a carico dello Stato costiero, il campo di applicazione della norma che li prevede sarebbe comunque circoscritto alla zona SAR di responsabilità dello Stato costiero stesso; pertanto, al contrario di quanto sostiene la Comunicazione, non sembrerebbe comunque possibile estendere l'ipotetica responsabilità per azioni (od omissioni) relative ad operazioni di soccorso anche a zone che ricadono nelle acque internazionali o nella zona SAR di un altro Stato, come ad esempio la già ricordata fascia ad alto rischio a ridosso delle coste libiche in cui si sono verificati numerosi eventi di naufragio. Sarebbe pertanto azzardato individuare nelle norme di diritto internazionale sull'obbligo di predisporre un'effettiva zona SAR la fonte di una posizione di garanzia di singoli rappresentanti delle autorità statali nei confronti di naviganti (nella specie: migranti) in condizione di *distress*.

(c) Secondo la Comunicazione, un altro possibile fondamento normativo dell'obbligo di prevenire il decesso di persone in mare può rinvenirsi nelle norme internazionali a tutela dei diritti umani, con particolare riferimento al diritto alla vita di cui all'art. 2 CEDU ed al corrispettivo obbligo per ciascuno Stato di tutelare la vita delle persone sottoposte alla sua giurisdizione, anche predisponendo un quadro normativo e misure operative a ciò idonei²¹. Ne discenderebbe, sul piano individuale, la responsabilità penale per il volontario omesso adempimento di tale obbligo.

Tuttavia, la Corte EDU ha anche ripetutamente affermato che l'art. 2 non può essere interpretato nel senso di garantire ad ogni individuo un livello assoluto di sicurezza in qualsiasi attività che possa mettere in pericolo la vita umana, particolarmente quando la persona in questione ha un grado di responsabilità nell'incidente, essendosi esposta a un pericolo ingiustificato²². La Corte ha altresì interpretato in modo alquanto restrittivo la configurabilità di obblighi positivi di risultato, ad esempio escludendo, in un caso riguardante il mancato tempestivo intervento dei soccorsi a seguito di un incidente in montagna poi risultato nella morte della vittima, che le autorità siano tenute ad intervenire – anche a fronte di una precisa chiamata di emergenza – entro un preciso lasso di tempo, in quanto ciò comporterebbe un obbligo eccessivamente oneroso per lo Stato²³.

different states involved in SAR disasters, in *The Italian Yearbook of International Law Online*, 2019, par. 2.2.2) tali obblighi non sono comunque stati estesi prevedendo *standard* minimi in termini di mezzi o di risultati da soddisfare.

21. Si tratta di un principio consolidato nella giurisprudenza della Corte EDU (v. per tutti *Centre For Legal Resources On Behalf of Valentin Câmpeanu c. Romania*, sentenza del 17 luglio 2014).

22. Cfr. CEDU, *Çakmak c. Turchia*, 34872/09, sentenza del 21 novembre 2017, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-179667>; *Molie v. Romania*, 13754/02, sentenza del 1 settembre 2009, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-94259>; *Koseva v. Bulgaria*, 6414/02, sentenza del 22 giugno 2010, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-99972>.

23. CEDU, *Furdík c. Slovacchia*, caso 42994/05, decisione del 2 dicembre 2008, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-90321>, pp. 14-16.

Inoltre, com'è noto, l'affermazione della responsabilità internazionale dello Stato per violazioni di diritti umani è inestricabilmente subordinata alla previa determinazione del controllo effettivo da parte dello Stato stesso sul territorio all'interno del quale si è consumata la violazione²⁴ o comunque – anche nelle ipotesi di c.d. giurisdizione extraterritoriale – sull'individuo vittima della violazione stessa²⁵. Da un analogo criterio non pare potersi prescindere per definire i contorni dell'ipotetica penale responsabilità degli individui che hanno concorso a commettere la violazione. A questo riguardo, la Comunicazione si limita ad affermare, in modo invero alquanto apodittico, che Italia e Unione europea esercitavano, durante la missione *Mare Nostrum*, un controllo effettivo sulle acque anche internazionali nelle quali operava la missione stessa. Tale asserzione appare facilmente refutabile come principio generale, in ragione dell'estensione geografica dell'area marittima interessata dalla missione in relazione ai limitati mezzi navali ivi dispiegati. Infatti, al netto delle acque territoriali degli Stati europei costieri, peraltro limitate ad un braccio di dodici miglia scarsamente interessato da emergenze riguardanti barche di migranti, non pare potersi ravvisare nella mera presenza di mezzi navali italiani o di altri Stati membri alcuna possibilità effettiva di controllare gli accadimenti all'interno di un'area marina così estesa; si può tutt'al più discutere, in relazione a singoli episodi, se le azioni di tali mezzi e dei loro equipaggi abbiano o meno instaurato un controllo *de jure* o *de facto* nei confronti delle persone in pericolo, creando così un collegamento giurisdizionale con lo Stato di appartenenza che altrimenti non sembra potersi presumere in virtù della mera presenza di mezzi navali nell'area²⁶.

Conclusivamente, la forza delle accuse mosse dalla Comunicazione in relazione all'omesso impedimento di decessi in mare come conseguenza della c.d. «prima *policy*» appare imperniata quasi esclusivamente sul riprovevole elemento soggettivo ipotizzato, e cioè la intenzionale riduzione delle risorse al fine di disincentivare i viaggi in mare, nella piena consapevolezza delle conseguenze lesive destinate a prodursi e con l'accettazione del relativo rischio. Si tratta di una valutazione estremamente pregnante su di un piano politico, che pare tuttavia insufficiente, nell'apparente impossibilità di ricostruire un obbligo giuridico di porre in essere condotte positive idonee ad impedire il verificarsi di decessi in mare, a fondare la responsabilità di individui che abbiano concorso ad adottare

24. La stessa Comunicazione riconosce che in base alle norme sui diritti umani, la UE e gli Stati membri hanno l'obbligo di proteggere gli individui posti sotto il loro controllo effettivo (par. 611).

25. Cfr. per tutti CEDU, Grande Camera, *Hirsi Jamaa e altri contro Italia*, 27765/09, sentenza del 23 febbraio 2012, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109231>.

26. Nel senso che la chiamata di soccorso da parte di un'imbarcazione in stato di *distress* vale a creare un collegamento giurisdizionale sufficiente e il conseguente obbligo per tale Stato di garantire il salvataggio almeno nella zona SAR di sua competenza si veda S. Trevisanut, *op. cit.*, p. 13.

ed attuare la decisione di porre termine a *Mare Nostrum* per sostituirla con una missione meno adeguata²⁷.

Ferma restando la possibile responsabilità sul piano internazionale a carico dello Stato per mancata adozione di un sistema SAR effettivo, gli spazi per l'affermazione di una responsabilità penale individuale appaiono quindi doversi circoscrivere a ipotesi (perseguibili solo sul piano interno) di reati di pura omissione o «omissivi propri», dove il rimprovero penale consisterebbe al più nella mancata osservanza dell'obbligo di intervenire a fronte di una situazione di *distress*²⁸ ma mai in quello, molto più grave, di non aver impedito il decesso di persone in situazioni di pericolo.

3. I reati contestati la «seconda *policy*» (2015-2019)

Secondo la Comunicazione, il 2015 segna un momento di svolta nella strategia dell'Unione europea di contenimento dei flussi migratori attraverso il Mediterraneo. Iniziata con lo smantellamento della missione *Mare Nostrum*, la politica dell'Unione sarebbe proseguita in modo più articolato attraverso la predisposizione e l'attuazione congiunta di un accordo con le autorità del Governo di Riconciliazione Nazionale libico, finalizzato ad ideare e mettere in opera un complesso sistema di intercettazione e respingimento dei migranti verso la Libia da parte della Guardia Costiera Libica (GCL). Avendo fornito, come si vedrà, contributi causalmente rilevanti al trasferimento forzato in Libia di migranti prelevati in mare, ed avendo accettato consapevolmente il rischio che costoro venissero esposti alle note sistematiche violazioni dell'integrità psicofisica in conseguenza del trasferimento stesso, gli architetti e gli esecutori di tale sistema dovrebbero essere chiamati a rispondere, in concorso con gli autori materiali, delle suddette violazioni.

Del resto, il contributo determinante dell'Unione europea e di alcuni suoi Stati membri, *in primis* l'Italia, alla sistematica violazione di diritti dei migranti in Libia era già

27. In linea teorica, a ben vedere, potrebbe forse sostenersi l'esistenza di un siffatto obbligo solo laddove si sostenesse che un sistema di soccorsi efficace come *Mare Nostrum* abbia indotto migranti situati in Libia ad intraprendere azioni pericolose, come attraversare il Mediterraneo a bordo di imbarcazioni precarie, che altrimenti non avrebbero intrapreso, nell'affidamento di essere tratti comunque in salvo, venendosi così a versare nell'ipotesi di assunzione di posizione di garanzia attraverso la causazione del rischio. Occorrerebbe però sostenere, seguendo questa impostazione, proprio ciò che la Comunicazione refuta categoricamente, e cioè che la predisposizione di misure efficaci di salvataggio con *Mare Nostrum* abbia ingenerato un affidamento e costituito un incentivo (*pull factor*) alla migrazione verso l'Europa. In ogni caso, l'esistenza di un tale principio in diritto penale internazionale sarebbe da dimostrare, così come non potrebbe *sic et simpliciter* presumersi che effettivamente la predisposizione di un sistema di soccorsi abbia indotto alcune persone ad intraprendere le azioni che hanno dato luogo all'emergenza.

28. Si veda il reato di omissione di soccorso di cui all'art. 1113 del Codice della Navigazione.

stato stigmatizzato sia da parte di Agenzie internazionali tra cui l'ONU²⁹ sia dalla dottrina³⁰, sia da parte di osservatori e ONG internazionali³¹, anche con riferimento a possibili profili di responsabilità penale individuale.

Accedendo alla ricostruzione prospettata dalla Comunicazione, verrebbe in rilievo l'ipotetica responsabilità di tutti i compartecipi dell'accordo per molti fatti di reato relativi agli abusi sistematicamente perpetrati ai danni dei migranti respinti in Libia (tra cui omicidi, torture, detenzioni arbitrarie, violenze sessuali) da parte di membri della GCL, funzionari governativi e miliziani libici che gestiscono luoghi di detenzione per migranti³².

Nei paragrafi seguenti non si procederà ad una disamina dettagliata delle fattispecie di reato ipotizzate³³, peraltro relative a fatti ormai ampiamente noti e comunque materialmente commessi da autori assai distanti dal livello di responsabilità politico-governativo sul quale si concentra la Comunicazione. Al riguardo ci si limiterà ad

29. Si veda ad esempio la netta presa di posizione dello *Special Rapporteur* del Consiglio dei Diritti Umani delle Nazioni Unite sulle esecuzioni extragiudiziali, sommarie o arbitrarie nel rapporto *Unlawful Death of Refugee and Migrants* (doc. A/72/335, 2017, <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/N1725806.pdf>): «To avoid mass migration across their borders, some States are relying on the policy of extraterritoriality to stop migrants before they reach their territory or come within their jurisdiction or control. Such policies may include assisting, funding or training agencies in other countries to arrest, detain, process, rescue or disembark and return refugees or migrants. These policies raise serious concerns when the recipient agencies or States are alleged to be responsible for serious human rights violations, including violations of the right to life» (par. 36).

30. Cfr. F. Pacella, *Cooperazione Italia-Libia: profili di responsabilità per crimini di diritto internazionale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 4/2018, p. 5 ss.

31. Human Rights Watch, *No Escape from Hell: EU Policies Contribute to Abuse of Migrants in Libya*, 21 gennaio 2019, <https://www.hrw.org/report/2019/01/21/no-escape-hell/eu-policies-contribute-abuse-migrants-libya>; Amnesty International, *Libya's dark web of collusion - Abuses against Europe-bound refugees and migrants*, 2017, <https://www.amnesty.org/download/Documents/MDE1975612017ENGLISH.PDF>, p. 42 ss.

32. Tra le molte fonti che attestano la commissione di gravissimi reati ai danni dei migranti successivamente allo sbarco in Libia, anche ad opera della stessa Guardia Costiera, basti citare l'ultimo rapporto del Segretario Generale sulla Libia, che riferisce di «casi di violenza e uso letale della forza contro migranti [...] all'interno dei Centri di detenzione ufficiali di Tariq al-Sikkah, Qasr Bin Ghashir, Zawiyah and Sabhah» nonché di «gravi preoccupazioni in merito al trasferimento di migranti salvati o intercettati in mare da parte della Guardia Costiera in Centri non ufficiali a Khoms. Centinaia di migranti salvati, e poi inviati presso Centri di detenzione, sono successivamente scomparsi, e si ritiene che siano divenuti vittime di tratta o venduti a trafficanti» (United Nations Support Mission in Libya, Report of the Secretary-General, 26 agosto 2019, https://unsmil.unmissions.org/sites/default/files/sg_report_on_unsmil_s_2019_628e.pdf, par. 52-53).

33. La Comunicazione prospetta una serie di possibili qualificazioni giuridiche delle condotte: **persecuzioni** (consistente nella violazione multipla di diritti fondamentali, tipica estrinsecazione di politiche sistematiche di trattamenti inumani); **deportazione o trasferimento forzato** (sebbene il reato presupponga la dimora legale nel territorio dal quale viene attuato il trasferimento, difficilmente ravvisabile nell'imbarcazione a bordo della quale i migranti si trovano); **detenzione illegale** (sia nei Centri di raccolta del Ministero dell'interno libico, sia in quelli gestiti da milizie); **omicidio** (sia per i decessi causati dall'intervento della GCL in mare, sia per i decessi causati all'interno dei Centri di detenzione); **riduzione in schiavitù** (in relazione ai frequenti episodi di tratta di esseri umani e alle vere e proprie vendite di schiavi, anche all'interno di Centri di detenzione); **tortura e stupro** (notoriamente utilizzati sistematicamente come strumento di coercizione al fine del pagamento di un riscatto per la liberazione dal Centro di detenzione); **altri atti inumani** (qualificazione giuridica residuale idonea a ricomprendere tutte le gravi violazioni dell'integrità psicofisica che non rientrino nelle predette ipotesi delittuose).

osservare sin d'ora che per questi fatti, come si dirà meglio nel prosieguo (*infra*, par. 4), ben potrebbe prospettarsi in linea teorica la qualificazione come crimini contro l'umanità ipotizzata dalla Comunicazione.

Si è ritenuto più significativo concentrare l'analisi piuttosto su alcune possibili modalità di concorso in virtù delle quali i leader europei potrebbero essere chiamati a rispondere delle singole condotte delittuose insieme agli autori materiali. Ci si limiterà ad osservazioni più approfondite in merito alle tre ipotesi che sembrano maggiormente persuasive in termini penalistici (par. *a-c*), limitandoci a brevi cenni in merito alle rimanenti (par. *d*).

3.1. Responsabilità primaria per la predisposizione del sistema libico di intercettazione e respingimento: direct co-perpetration

Occorre preliminarmente ricordare che lo Statuto di Roma, a differenza dell'ordinamento italiano, differenzia già a livello di tipicità le diverse modalità di concorso nel reato in ragione della significatività del contributo fornito alla sua esecuzione, distinguendo tra la responsabilità accessoria di chi si limita a contribuire a livello morale o materiale al reato commesso da altri (*accessory*) e la responsabilità primaria di chi compie l'azione incriminata (*principal*).

Il primo profilo di responsabilità penale a carico dei leader europei che viene in esame è di tipo primario, ed è legato al sostegno materiale, politico ed economico da essi fornito alla GCL nel quadro di un complesso accordo con il Governo di Riconciliazione Nazionale libico, accordo formalmente finalizzato alla ricerca e soccorso in mare, ma in realtà preordinato all'intercettazione e al respingimento di persone migranti verso la Libia.

Il titolo di concorso nel reato che si può anzitutto prospettare è di corresponsabilità diretta o coautoria (*direct co-perpetration*)³⁴. Ricorre tale ipotesi quando il reato è il frutto di un piano comune, anche se non intrinsecamente criminoso, alla cui esecuzione tutti i concorrenti contribuiscono in modo causalmente decisivo, quantomeno accettando il rischio che dall'esecuzione del piano comune derivi – nel corso normale degli eventi – la commissione di uno o più reati.

Da un punto di vista materiale il reato deve pertanto essere «il risultato dei contributi combinati e coordinati dei concorrenti». Nell'esecuzione del piano comune, ciascuno pone in essere un contributo essenziale, senza il quale la realizzazione del piano stesso risulterebbe frustrata³⁵, sebbene nessuno dei concorrenti «eserciti individualmente un

34. Statuto di Roma, art. 25 par. 3, lett. a).

35. CPI, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Confirmation of Charges Decision, 29 gennaio 2007, par. 346-347.

controllo sul reato nel suo complesso»³⁶. In tali casi, la responsabilità dei concorrenti trova il suo fondamento nella compartecipazione all'esecuzione di un accordo (o piano) congiunto, che non deve essere necessariamente esplicitato e la cui esistenza può ben essere desunta dalle azioni concertate dei compartecipi³⁷.

A tale riguardo, la Comunicazione contesta ai leader europei di aver ideato e poi contribuito ad attuare in collaborazione con le autorità libiche un complesso «piano congiunto», al fine, come si è già detto, di respingere in Libia il maggior numero possibile di migranti che tentano di attraversare il Mediterraneo. L'esistenza di un siffatto accordo può evincersi non solo da una serie di documenti programmatici (quali la comunicazione della Commissione europea del 25 gennaio 2017, che enuncia il «ruolo centrale» da assegnare alla GCL nella gestione del fenomeno migratorio e il relativo sostegno da parte della UE³⁸; il noto *Memorandum* tra Italia e Governo di Riconciliazione Nazionale libico del 2 febbraio 2017, contenente tra le altre cose l'intesa di cooperare nel contrasto all'immigrazione irregolare attraverso la predisposizione di campi in Libia in cui trattenere i migranti respinti³⁹; la Dichiarazione del Consiglio europeo riunitosi a Malta il giorno successivo⁴⁰, contenente un pieno avallo del contenuto del *Memorandum* Italia-Libia) ma anche dalle successive azioni dei compartecipi (come il costante sostegno operativo fornito dall'Italia alle attività della GCL anche nelle acque territoriali libiche; la sottoscrizione di accordi internazionali di attuazione; l'allontanamento delle ONG dall'area operativa; il finanziamento di progetti relativi ai campi per migranti in Libia), la cui esecuzione coordinata e organizzata denota la previa esistenza di un accordo complesso tra tutti i partecipanti⁴¹.

L'apporto fornito dall'Unione ha rappresentato un contributo certamente significativo all'attuazione di tale accordo, consistente anzitutto in misure finalizzate ad istituire e rendere operativo il sopra descritto sistema (si pensi al contributo politico ed economico

36. CPI, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment, 5 aprile 2012, par. 976 e ss.

37. CPI, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Confirmation of Charges Decision, cit. par. 345.

38. Commissione europea, *Comunicazione Congiunta al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo e al Consiglio: La migrazione lungo la rotta del Mediterraneo centrale - Gestire i flussi e salvare vite umane*, 25 gennaio 2017, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017JC0004&from=EN>, p. 6.

39. *Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana*, 2 febbraio 2017, <http://www.governo.it/sites/governo.it/files/Libia.pdf>.

40. Consiglio europeo, *Dichiarazione di Malta dei membri del Consiglio europeo sugli aspetti esterni della migrazione: affrontare la rotta del Mediterraneo centrale*, 3 febbraio 2017, <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2017/02/03/malta-declaration/>.

41. Comunicazione, par. 922-927.

all'istituzione della GCL; al suo finanziamento, anche attraverso la donazione di mezzi navali e di equipaggiamento; all'addestramento di membri della GCL, e così via)⁴².

Più problematico è stabilire se tale sostegno abbia costituito, come richiesto dalla definizione di *co-perpetration*, un contributo *essenziale*, in assenza del quale cioè il piano congiunto non avrebbe potuto realizzarsi. A tale riguardo, la Comunicazione ricorda come, prima di ricevere il sostegno da parte della UE e dell'Italia, la GCL disponesse di limitate capacità operative, al punto che la Libia non aveva neppure una sua zona SAR e non era mai stata attivamente impegnata nell'intercettazione di migranti in mare, non avendo alcun incentivo politico o economico in tal senso⁴³. Senza un accordo con la GCL, sostiene la Comunicazione, quest'ultima non sarebbe stata in grado di effettuare alcuna operazione di «soccorso e salvataggio» in mare, con la conseguenza che i reati *de quibus* non sarebbero stati commessi.

Seppure tale prospettazione non possa affatto escludersi in radice, resterebbe da verificare se eventuali risultanze probatorie sarebbero sufficienti a dimostrare l'essenzialità di tali contributi al decorso causale realizzativo dei reati di cui si discute.

Quanto all'elemento soggettivo, la fattispecie di concorso della *co-perpetration*, come già ricordato, non richiede la volontaria adesione dei compartecipi ad un piano di per sé specificamente volto alla commissione di un reato, essendo sufficiente la rappresentazione e l'accettazione del rischio del verificarsi dell'evento-reato come probabile conseguenza del contributo fornito all'attuazione del piano stesso⁴⁴.

Sotto il primo profilo, la previa rappresentazione dei rischi connessi al respingimento di migranti in Libia dovrebbe potersi agevolmente inferire dal consistente numero di rapporti pubblici, ad opera di autorevoli Agenzie internazionali tra cui anche le Nazioni Unite⁴⁵, attestanti le atrocità commesse in Libia ai danni di persone migranti⁴⁶. La Comunicazione ricorda inoltre alcune inequivocabili dichiarazioni di alcuni alti funzionari dell'Unione europea⁴⁷, che affermano di essere perfettamente al corrente delle condizioni

42. *Ivi*, par. 895.

43. *Ivi*, par. 993.

44. Secondo la CPI, inoltre, i coautori possono anche non aver inizialmente pianificato di raggiungere uno scopo criminoso, laddove siano però consapevoli (a) del rischio che attuare il piano congiunto risulti nella commissione del reato e (b) accettino questo esito (cfr. *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the confirmation of charges, ICC-01/04-01/06, par. 344, https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2007_02360.PDF).

45. United Nations Support Mission in Libya e Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Detained and dehumanised - Report on human rights abuses against migrants in Libya*, 13 dicembre 2016, pp. 19-20, https://www.ohchr.org/Documents/Countries/LY/DetainedAndDehumanised_en.pdf.

46. Comunicazione, par. 729.

47. Comunicazione, par. 730-731.

in cui vengono detenuti i migranti in Libia⁴⁸, definendole «inaccettabili, spesso scandalose e persino inumane»⁴⁹, «agghiaccianti e degradanti»⁵⁰. Il Presidente francese Macron arrivò a definire gli abusi contro i migranti in Libia, letteralmente, come «crimini contro l'umanità»⁵¹. Non si può inoltre non ricordare, con specifico riferimento al contesto italiano, l'accertamento in sede giudiziaria dell'atroce realtà di alcuni campi di prigionia libici nelle sentenze delle Corti d'Assise di Milano nel 2017⁵² e Agrigento nel 2018⁵³.

Quanto al secondo profilo, l'adesione psicologica all'eventualità del verificarsi del rischio è attestata dalla reiterazione da parte dei presunti autori di condotte volte a perpetuare il sistema di intercettazioni e respingimenti, anche in un momento sicuramente successivo alla pubblicazione delle sopra ricordate informazioni, precise e concordanti, sulle condizioni disumane in cui le persone respinte in Libia venivano a trovarsi⁵⁴.

Quanto sopra sinteticamente esposto appare sufficiente ad evidenziare, in linea concettuale, la sussistenza dei presupposti sia oggettivi che soggettivi per l'affermazione di una responsabilità di tipo diretto a carico di leader europei in concorso con esponenti del Governo e della Guardia Costiera libica; i nodi cruciali di questa impostazione sembrano essere da un lato l'esistenza di un piano congiunto, dall'altra l'essenzialità del contributo fornito dai partner europei all'attuazione di tale piano.

48. La Comunicazione ricorda a più riprese che proprio pochi giorni prima della stipula del *memorandum* Italia-Libia e del successivo vertice europeo di Malta, una comunicazione riservata dell'Ambasciata tedesca in Niger riferiva delle condizioni «simili a quelle dei campi di concentramento» in cui versavano i Centri per migranti in Libia. Cfr. *German report details Libya abuses amid pressure to stem migrant flows*, in *The Guardian*, <https://www.theguardian.com/world/2017/jan/30/german-report-libya-abuses-pressure-migrant-flows>, 30 gennaio 2017; *Libyan trafficking camps are hell for refugees, diplomats say*, in *Deutsche Welle*, 29 gennaio 2017, <https://www.dw.com/en/libyan-trafficking-camps-are-hell-for-refugees-diplomats-say/a-37318459>.

49. Euractiv, *MSF accuses EU of fueling migrant abuses in Libya*, 8 settembre 2017, <https://www.euractiv.com/section/justice-home-affairs/news/msf-accuses-eu-of-fuelling-migrant-abuses-in-libya/>.

50. Euractiv e AFP, *EU working without 'letup' to help migrants in Libya*, 24 novembre 2017 <https://www.euractiv.com/section/justice-home-affairs/news/eu-working-without-letup-to-help-migrants-in-libya>,

51. Comunicazione, par. 730-731. Cfr. *The Guardian*, *Voluntary evacuation planned for migrants as Libya battles slavery claims*, 30 novembre 2017, <https://www.theguardian.com/world/2017/nov/29/voluntary-evacuation-planned-for-migrants-in-libya-detention-camps>.

52. Corte d'Assise di Milano, sentenza 10/17, del 10 ottobre 2017, su cui v. S. Bernardi, *Una condanna della Corte d'Assise di Milano svela gli orrori dei 'centri di raccolta e transito' dei migranti in Libia*, in *Dir. Pen. Cont.*, 4/2018, https://www.penalecontemporaneo.it/pdf-viewer/?file=%2Fpdf-fascicoli%2FDPC_4_2018.pdf#page=207; la sentenza è stata confermata in grado d'appello (Corte d'Assise d'appello di Milano, sentenza 9/2019, RG 2018/000014, del 20 marzo 2019).

53. Corte d'Assise di Agrigento, sentenza 1/2018, del 12 giugno 2018, <https://www.asgi.it/asilo-e-protezione-internazionale/libia-schiavitù-agrigento/>.

54. Comunicazione, par. 732.

3.2. Responsabilità accessoria per la predisposizione del sistema libico di intercettazione e respingimento: *aiding* e *abetting*

In relazione alle medesime condotte analizzate nel paragrafo precedente la Comunicazione ipotizza altresì, in subordine ad una responsabilità di tipo principale, un tipo di responsabilità accessoria per *aiding* e *abetting*. Si tratta delle forme più attenuate di concorso nel reato, che non presuppongono l'esistenza di un piano congiunto (nella fattispecie, tra leader europei e governo libico), ma un semplice contributo materiale di agevolazione (*aiding*) o morale di incitamento (*abetting*) rispetto alla condotta dell'autore principale.

Da un punto di vista materiale, la soglia minima di rilevanza penale di tali condotte è il loro aver avuto un "effetto sostanziale" sulla commissione del reato, pur non dovendone necessariamente essere – a differenza che nella coautoria – una *condicio sine qua non*⁵⁵. Nel caso dei reati *de quibus*, viene in particolare rilievo l'agevolazione materiale⁵⁶ fornita al già ricordato sistema di intercettazione e respingimento in Libia. Tale contributo consisterebbe in tutte le già ricordate condotte (il finanziamento, l'equipaggiamento, l'addestramento e comunque altre forme di sostegno fornito alla GCL) volte a favorire l'effettivo funzionamento del sistema. Tali condotte dovrebbero ritenersi, se non addirittura decisive, quantomeno produttive di un "effetto sostanziale" sulla commissione dei reati, così risultando integrato il fatto tipico del concorso per *aiding*⁵⁷.

Più problematico appare stabilire l'esistenza dell'elemento psicologico, in quanto per questa specifica modalità di concorso lo Statuto di Roma, in aggiunta all'elemento soggettivo generale della coscienza e volontà di cui all'art. 30, prescrive che l'*aider* debba agire «al fine di agevolare la commissione del crimine», introducendo così in questa fattispecie di concorso un elemento di *special intent* peraltro sconosciuto agli Statuti degli altri Tribunali internazionali⁵⁸.

L'interpretazione del combinato disposto di tali norme è controversa in dottrina e ancora scarsamente dibattuta dalla giurisprudenza della CPI⁵⁹. La Comunicazione non

55. Cfr. K. Ambos, *Art. 25 - Individual Criminal Responsibility*, in Triffterer, Ambos, Rome Statute of the International Criminal Court (Commentary), 2016, p. 1004. Ricadono ad esempio in questa categoria, secondo la giurisprudenza penale internazionale, la messa a disposizione di mezzi usati per la commissione del reato, l'istigazione, e finanche l'aiuto fornito successivamente alla commissione del reato (favoreggiamento).

56. Per quanto la Comunicazione utilizzi il binomio *aiding and abetting*, essa non svolge alcuna considerazione in merito ad un possibile incitamento morale alle condotte delle autorità libiche.

57. Comunicazione, par. 990.

58. Statuto di Roma, art. 25, par. 3, lett. c).

59. Vedasi, anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, M.J. Ventura, *Aiding and abetting*, in AA.VV., *Modes of Liability in International Criminal Law*, Cambridge, 2019, p. 52 e ss., https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3160960, con riferimento alle contrastanti decisioni *The Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, Decision on the Confirmation of Charges, 16 dicembre 2012, <https://www.icc->

affronta in modo analitico la questione, limitandosi ad aderire ad un'interpretazione estensiva di tale requisito, propria di chi, anche in dottrina, ritiene che sia sufficiente a soddisfarlo la rappresentazione del reato e l'accettazione del rischio del suo verificarsi, venendo così a far coincidere l'elemento soggettivo di *aiding* con il dolo eventuale⁶⁰. Accedendo a una simile interpretazione risulterebbe agevole sostenere la sussistenza dell'elemento psicologico in relazione all'ipotesi di concorso in esame, non diversamente da quanto osservato in relazione al dolo eventuale nell'ipotesi della *co-perpetration*, in luce del fatto che i leader di UE e Stati membri non hanno interrotto, ed anzi hanno continuato consapevolmente a prestare, il già ricordato sostegno alla GCL, nonostante la conoscenza e la rappresentazione che come conseguenza delle proprie azioni i migranti potessero essere sottoposti ai più volte ricordati gravi abusi, anche da parte di membri della GCL stessa⁶¹. La frequenza e la ripetizione di tali abusi in passato, infatti, rendeva i leader europei consapevoli che, «nel corso normale degli eventi», tali eventi lesivi si sarebbero nuovamente verificati⁶².

Appare però doveroso segnalare che, laddove si adottasse un'interpretazione più restrittiva di tale requisito soggettivo, potrebbero doversi confinare le ipotesi di concorso per *aiding* a fatti di reato direttamente connessi all'effettivo contributo volontariamente fornito: ad esempio, mentre ben potrebbe sostenersi che il sostegno alle autorità libiche sia stato prestato (anche) «al fine di agevolare» il reato di detenzione illegale dei migranti respinti, sarebbe più arduo sostenere la medesima tesi in relazione ad eventi – quali esecuzioni, torture o violenze sessuali – che sono il risultato solo indiretto del medesimo contributo e la cui agevolazione non è necessariamente voluta da tutti i concorrenti.

3.3. Responsabilità primaria per contributi a singole operazioni di intercettazione e respingimento: *co-perpetration*

Un ulteriore profilo di responsabilità che viene in rilievo riguarda il contributo materiale fornito dalle autorità di UE e Italia a singole operazioni della GCL di intercettazione in mare, a cui siano seguiti il respingimento dei naufraghi in Libia e la commissione di reati nei loro confronti. Tali ipotesi potrebbero configurare sotto-ipotesi

[cpi.int/CourtRecords/CR2011_22538.PDF](https://www.cpi.int/CourtRecords/CR2011_22538.PDF) e *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 giugno 2009, https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2009_04528.PDF.

60. V. F. Pacella, *op. cit.*, p. 16.

61. V. Comunicazione, par. 985.

62. Si tratta dell'elemento soggettivo previsto dall'art. 30, par. 2, lett. b) dello Statuto di Roma; per un commento cfr. S. Finnin, *Mental elements under article 30 of the Rome Statute of the International Criminal Court: a comparative analysis*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, aprile 2012, pp. 325-359.

della *co-perpetration* o coautoria di cui al paragrafo a), trattandosi di azioni che costituiscono misure di attuazione del già ricordato piano congiunto tra autorità libiche ed europee. Le condotte però potrebbero venire in rilievo anche come titolo autonomo di responsabilità nei confronti delle sole autorità italiane, anche in ragione del distinto ruolo da esse giocato sia nella predisposizione al riguardo di specifici accordi con il Governo libico, sia nella loro attuazione.

Dal punto di vista materiale, a venire in considerazione sono le condotte di natura operativa attribuibili all'IMRCC italiano, e consistenti nell'aver chiamato in intervento la GCL a seguito della ricezione di allarmi lanciati da imbarcazioni in difficoltà, nonché nell'aver successivamente diretto, coordinato, supervisionato le operazioni di intercettazione da parte della GCL⁶³. Va infatti ricordato che, in passato, mezzi aerei e navali italiani hanno tra le altre cose condiviso informazioni sull'ubicazione di imbarcazioni cariche di migranti, fornito indicazioni per la loro intercettazione e infine coordinato l'intera operazione, talora persino affiancando i mezzi navali libici sul luogo dell'evento, anche al fine di impedire a navi di ONG di partecipare alle operazioni di salvataggio⁶⁴. Merita anche sottolineare che la posizione di controllo delle operazioni da parte delle autorità italiane, che allude a una relazione di quasi subordinazione gerarchica, è stata riconosciuta anche in sede giudiziaria dal Tribunale di Catania, il quale ha affermato nel caso relativo all'imbarcazione *Open Arms* che «le motovedette libiche erano intervenute per effettuare una operazione di soccorso, come richiesto da IMRCC di Roma e sotto l'egida italiana con le navi militari di stanza a Tripoli.»⁶⁵.

In questo caso vengono in rilievo condotte che costituiscono un apporto senz'altro decisivo alla commissione di reati ai danni di migranti in Libia, posto che in loro assenza (ad esempio, senza la chiamata in intervento della GCL o il coordinamento *in loco* delle operazioni di salvataggio) il respingimento dei migranti verso tale Paese sarebbe avvenuto con diverse modalità o non sarebbe avvenuto *tout court*. Queste ipotesi di *co-perpetration*

63. Comunicazione, par. 722 e 896. La Comunicazione evidenzia altresì una serie di episodi emblematici di tale *modus operandi*, con particolare riferimento ad esempio a operazioni di “soccorso” del 27 settembre 2017, 11 ottobre 2017, 15 dicembre 2017 e 8 dicembre 2018 (v. allegato *2nd policy cases*, a pp. 221-224 della Comunicazione).

64. Comunicazione, par. 999. Si possono ricordare al riguardo episodi che attestano in modo inequivocabile la collaborazione tra marina militare italiana e GCL nell'esecuzione del “piano congiunto”, come quello documentato da *Forensic oceanography* del 21 settembre 2017, che ha visto intervenire in prima battuta la Marina Militare italiana, la quale ha fornito ai migranti naufraghi giubbotti di salvataggio, ma non ha proceduto al loro salvataggio, in attesa dell'intervento sul posto della Guardia costiera libica (cfr. *Forensic oceanography, Mare Clausum - Italy and the EU's undeclared operation to stem migration across the Mediterranean*, maggio 2018, <https://content.forensic-architecture.org/wp-content/uploads/2019/05/2018-05-07-FO-Mare-Clausum-full-EN.pdf>, p. 69).

65. Tribunale di Catania, sezione del Giudice per le indagini preliminari, caso n. 2474/18 R.G. GIP., decreto di convalida e di sequestro preventivo, 16 aprile 2018, <https://www.statewatch.org/news/2018/apr/it-open-arms-sequestration-judicial-order-tribunale-catania.pdf>, p. 22 (enfasi aggiunta). Cfr. altresì Comunicazione, par. 1000.

non presterebbero così il fianco alle possibili obiezioni di non essenzialità dei contributi rispetto all'esecuzione del piano comune, di cui al paragrafo a) più sopra⁶⁶.

Dal punto di vista soggettivo, si può richiamare quanto già esposto a proposito della reiterazione delle condotte volte a contribuire a singole operazioni di intercettazione ben sapendo che a ciò sarebbe seguito il respingimento in Libia, accettando così l'elevato rischio del verificarsi dei già più volte ricordati gravi reati ai danni delle persone respinte.

In ragione dell'essenzialità causale delle condotte (senza la chiamata in causa dell'IMRCC di Roma la GCL non sarebbe intervenuta; senza l'astensione dal soccorso diretto e il coordinamento dei soccorsi, alcuni di quei migranti non sarebbero stati riportati in Libia), dell'agevole riscontro di un piano comune nelle azioni dei compartecipi (preciso coordinamento; ottemperanza della GCL alle chiamate dell'IMRCC; accettazione da parte della prima dell'autorità della seconda; assenza di conflitti tra queste due entità), e della sufficienza ai fini della *co-perpetration* di un dolo di tipo eventuale (la mancata dissociazione dalla cooperazione al piano comune ed anzi la reiterazione di condotte decisive, pur prefigurandosene l'esito probabilmente delittuoso), il profilo di responsabilità in esame appare particolarmente convincente.

Se ne deve però segnalare la probabile limitazione ad eventuali ipotesi di reato ai danni delle persone effettivamente coinvolte nei singoli episodi di respingimento. Se infatti l'ipotesi di responsabilità per un contributo strutturale *al sistema* nel suo complesso consentirebbe di far ricadere al suo interno tutti i fatti di reato commessi a seguito di un qualsiasi respingimento da parte delle autorità libiche, la responsabilità per il contributo causale dato a singoli interventi di "soccorso" della GCL non potrebbe prescindere dall'accertamento degli eventuali reati commessi ai danni delle persone respinte a seguito di *quell'*intervento, da una parte restringendo l'ambito dell'azione penale a specifici episodi e non già al sistema nel suo insieme, dall'altro imponendo difficoltà di natura probatoria nell'individuare e raccogliere testimonianze di persone vittime dapprima di intercettazione, poi di respingimento e quindi di reati in territorio libico.

66. A ulteriore suffragio della configurabilità di un concorso a titolo di coautoria appare condivisibile l'osservazione della Comunicazione (par. 934) secondo cui gli agenti europei mantenevano comunque un controllo sull'esecuzione del piano comune, potendosi dissociare in qualsiasi momento decidendo, a fronte di chiamate di soccorso di navi in difficoltà, se chiamare o meno in causa l'autorità che avrebbe prima intercettato e poi respinto i migranti in Libia.

3.4. *Altri possibili titoli di responsabilità relativi alla «seconda policy» (esecuzione mediata, istigazione, responsabilità di comando)*

Relativamente ai reati commessi nel periodo 2015-2019, la Comunicazione prospetta, oltre a quelli già illustrati, anche altri, meno convincenti, possibili titoli di corresponsabilità.

Una prima ricostruzione ipotizza una relazione di totale asservimento della GCL ai leader europei, al punto che la prima sarebbe un mero strumento del quale i secondi si sono serviti per dare esecuzione materiale ad un proprio piano criminoso⁶⁷. Da questa impostazione accusatoria discenderebbe una responsabilità diretta e primaria di questi ultimi per *indirect co-perpetration*, o esecuzione mediata⁶⁸. Non convince tuttavia la prospettazione della GCL come un mero esecutore della volontà altrui, anzitutto in quanto si tratta pur sempre di un'entità che risponde *in primis* al Ministero dell'interno libico e comunque dotata di una propria autonomia decisionale, ed in secondo luogo in quanto non è chiaro quali reati i leader europei avrebbero inteso commettere per tramite della GCL (non certo le torture e gli omicidi, tutt'al più le detenzioni illegali e i trasferimenti forzati).

Per simili ragioni appare debole la prospettazione accusatoria secondo cui i leader europei avrebbero impartito ordini di commettere i reati presupposti⁶⁹ posto che gli ordini rivolti alla GCL hanno riguardato l'esecuzione di condotte (formalmente) lecite ed anzi doverose quali il recupero di naufraghi in mare o, al più, l'esecuzione di condotte illecite quali il trasferimento forzato dei naufraghi in Libia, ma non torture o omicidi.

Da ultimo, anche l'affermazione della possibile responsabilità c.d. di comando dei vertici della UE e degli Stati membri (la *superior responsibility*⁷⁰ che incombe sul comandante militare o dirigente civile che non abbia prevenuto o represso i reati commessi dai subordinati pur essendone al corrente) non sembra cogliere nel segno, posto che presuppone una relazione di subordinazione o comunque superiorità gerarchica che non pare ravvisabile nel rapporto tra autorità europee e GCL.

4. La qualificazione delle ipotesi di reato come crimini contro l'umanità

Com'è noto, la CPI ha giurisdizione esclusivamente su quattro fattispecie di reato: crimini di guerra, crimini contro l'umanità, genocidio ed aggressione. Tra di esse, in

67. La prova della strumentalità del ruolo della GCL risulterebbe da una serie di elementi quali l'intercambiabilità delle milizie coinvolte nella GCL; la legittimazione unilaterale da parte della UE alla GCL; la formazione, la fornitura di fondi ed equipaggiamento (Comunicazione, par. 949-950).

68. Statuto di Roma, art. 25 par. 3, lett. a), ultima parte.

69. Statuto di Roma, art. 25, par. 3, lett. b).

70. Statuto di Roma, art. 28.

relazione ai fatti di reato commessi in Libia ai danni delle persone migranti vengono in rilievo le prime due.

La qualificazione dei reati *de quibus* come crimini di guerra, in ragione della loro commissione all'interno di un contesto caratterizzato da un conflitto armato che interessa il territorio libico dal 2011, è già stata astrattamente prospettata sia in dottrina⁷¹ sia da esponenti della Procura della CPI⁷². Se tale impostazione giuridica appare convincente in relazione ad autori in qualche modo riconducibili alle parti del conflitto⁷³, essa appare viceversa difficilmente applicabile alle condotte dei leader europei, in quanto verrebbe a mancare, anche nella forma di concorso più “attenuata” dell'*aiding and abetting*, uno degli elementi precipui del reato di crimini di guerra e cioè il nesso con il conflitto armato⁷⁴.

L'unica qualificazione giuridica prospettata dalla Comunicazione è infatti quella di crimini contro l'umanità, fattispecie delittuosa caratterizzata dall'elemento contestuale dell'«attacco esteso o sistematico contro una popolazione civile» nel quale si deve inscrivere il fatto di reato.

Per quanto riguarda il requisito dell'esistenza di un «attacco» occorre ricordare che, sebbene il termine richiami alla mente atti di natura bellica o terroristica, nel contesto dei crimini contro l'umanità tale nozione ha una portata assai più ampia e diversa, essendo legata piuttosto alla ripetuta commissione di una serie di atti violenti nei confronti di persone civili. È un principio consolidato nella giurisprudenza dei Tribunali internazionali che la definizione di «attacco» non sia limitata all'uso della forza armata, ricomprendendo al suo interno qualsiasi maltrattamento ai danni della popolazione civile⁷⁵. Questi principi

71. C. Meloni, *Legal responsibility before the International Criminal Court in Libya*, in *Atti del Convegno “Violations of human rights after the Lybian route shutdown: legal liability of the Italian and Lybian governments and possible legal solutions”*, Tunisi, 15-16 marzo 2019, p. 47 ss., <https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2019/09/Conference-Proceedings-Tunis-15.16-March-2019.pdf>; Women's Refugee Commission, *More Than One Million Pains: Sexual Violence Against Men and Boys on the Central Mediterranean Route to Italy*, <https://www.womensrefugeecommission.org/images/zdocs/Libya-Italy-Report-03-2019.pdf>, p. 60.

72. A. Whitford, *Challenges to bringing a case before the International Criminal Court in relation to alleged crimes committed against migrants in Libya*, in *Atti del Convegno “Violations of human rights after the Lybian route shutdown: legal liability of the Italian and Lybian governments and possible legal solutions”*, cit., p. 45 ss.

73. In questo senso si sono espresse le stesse Nazioni Unite con riferimento ad un'azione chiaramente bellica come il bombardamento del Centro di detenzione di Tajoura (cfr. UN Support Mission in Libya, *UNSMIL condemns in the strongest terms the attack in Tajoura causing dozens of civilian fatalities, and calls for denunciation by the international community*, 3 luglio 2019, <https://unsmil.unmissions.org/unsmil-condemns-strongest-terms-attack-tajoura-causing-dozens-civilian-fatalities-and-calls>).

74. Secondo la definizione internazionalmente accettata, risulta integrato il requisito del «nesso» con il conflitto armato se il conflitto ha costituito un elemento sostanziale nella possibilità per l'autore di commettere il reato, nella sua decisione di commetterlo, nella modalità in cui o la finalità per cui è stato commesso (cfr. per tutti Corte d'appello del Tribunale Penale Internazionale per l'ex Jugoslavia, *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac et al*, sentenza del 12 giugno 2008, caso IT-96-23& IT-96-23/1-A, <http://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/en/kun-aj020612e.pdf>, par. 58).

75. V. per tutti Corte d'Appello del Tribunale Penale Internazionale per l'ex Jugoslavia, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, cit., par. 86 ss.

sono stati incorporati a livello normativo nello Statuto della CPI, secondo il cui art. 7 per «attacco» si intendono condotte che implicano la reiterata commissione di taluno dei reati elencati nello stesso art. 7 (omicidi, torture, persecuzioni e così via), in attuazione o in esecuzione del disegno politico di uno Stato, nella consapevolezza che essi fanno parte di un'operazione appunto di «attacco»⁷⁶. Risulta pertanto convincente la tesi della Comunicazione secondo cui quindi integrerebbero siffatti presupposti normativi sia l'eliminazione intenzionale dei soccorsi in mare, sia il contributo a intercettazioni e respingimenti della GCL, in quanto entrambe le condotte (omissiva la prima, commissiva la seconda) hanno ripetutamente contribuito alla causazione dei gravi reati di cui si è più volte detto nei paragrafi precedenti.

Secondo la Comunicazione, ricorrono altresì gli altri presupposti normativi di cui alla norma in questione:

- l'attacco è infatti sia «esteso» (indice ne sia l'aumento esponenziale di morti per annegamento a seguito dell'eliminazione di *Mare Nostrum*, nonché il numero elevatissimo di vittime all'interno dei campi di detenzione libici) sia «sistematico», in quanto condotto in esecuzione di politiche elaborate congiuntamente da politici e governanti in consessi nazionali e sovranazionali, nonché attuato attraverso un complesso di misure articolate e ben coordinate tra loro⁷⁷;

- l'attacco è poi «diretto contro una popolazione civile» costituita dai migranti stranieri in fuga dalla Libia. Giova ricordare a questo riguardo che lo Statuto di Roma non richiede che una «popolazione civile» possieda caratteristiche di omogeneità o sia contraddistinta da specifiche caratteristiche, essendo sufficiente che non si tratti di una pluralità individui colpiti in modo indiscriminato o casuale⁷⁸;

- appare soddisfatto anche il requisito per cui l'attacco deve avvenire «in attuazione o in esecuzione del disegno politico di uno Stato»⁷⁹, in quanto discende *de plano* dalla prospettazione della Comunicazione che le condotte sono state poste in essere nel contesto del preciso progetto politico di bloccare i flussi migratori provenienti dalla Libia⁸⁰.

76. L'attacco, a differenza della fattispecie di crimini di guerra, non deve essere di natura militare (cfr. Corte Penale Internazionale, *Elements of Crime*, art. 7, Introduzione, par. 3) né deve avere un collegamento con un conflitto armato, potendo addirittura essere di natura nonviolenta (cfr. per tutti Tribunale Penale Internazionale per il Ruanda, *Prosecutor c. Jean Paul Akayesu*, sentenza del 2 settembre 1998, http://www.worldcourts.com/ictj/eng/decisions/1998.09.02_Prosecutor_v_Akayesu.pdf, par. 581).

77. Comunicazione, par. 526 ss. e 697 ss.

78. CPI, *Prosecutor v Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo*, 15 giugno 2009, caso ICC-01/05-01/08, par. 76-77; Corte d'Appello del Tribunale Penale Internazionale per l'ex Jugoslavia, *Prosecutor v Dragoljub Kunarac et al*, cit., par. 90. Cfr. Comunicazione, par. 538 ss.

79. Statuto di Roma, art. 7, par. 2, lett. a).

80. Comunicazione, par. 563.

Infine, l'esistenza dell'elemento psicologico della consapevolezza dell'attacco in capo a chi ha contribuito alla commissione dei fatti di reato è *in re ipsa*, in quanto vi sarebbe una coincidenza tra gli autori delle condotte materiali e gli ideatori ed attuatori dell'attacco stesso⁸¹.

In conclusione, una volta sciolti in senso positivo i nodi relativi alla configurabilità di una responsabilità penale per riduzione dei soccorsi in mare o per l'attuazione di un piano comune di intercettazione e respingimento, sembra agevole sostenere la qualificazione dei reati ipotizzati come crimini contro l'umanità, in quanto paiono ravvisabili nei fatti posti in essere dai concorrenti anche gli ulteriori presupposti normativi dell'attacco (reiterazione di condotte lesive ai danni della popolazione migrante), dell'estensione e/o sistematicità dello stesso, e della sua perpetrazione in attuazione di una *policy* ben precisa.

5. La giurisdizione della Corte

Le accuse contenute nella Comunicazione riguardano individui che, in quanto cittadini di Stati europei parte della CPI, sono soggetti all'autorità di quest'ultima in virtù della norma di cui all'art. 12(2)(b) dello Statuto. Inoltre, l'art. 27 (*Irrelevance of official capacity*) stabilisce che eventuali immunità di diritto interno o internazionale non ostano all'azione della Corte. *Nulla quaestio* pertanto in merito al potere della CPI di esercitare la propria giurisdizione per i reati di cui si discute nei confronti di individui che agiscono in qualità di organi della UE o dei suoi Stati membri.

Non può tuttavia trascurarsi che, come si è ampiamente illustrato nei paragrafi precedenti, costoro sarebbero chiamati a rispondere in concorso con esecutori materiali di nazionalità libica per reati commessi in Libia, quantomeno per reati commessi nel periodo 2015-2019. A questo riguardo occorre ricordare che il Paese nordafricano non ha mai ratificato lo Statuto di Roma⁸², circostanza che in linea di principio escluderebbe la giurisdizione della Corte per reati commessi sul territorio libico o da cittadini libici⁸³.

La CPI tuttavia fin dal 26 febbraio 2011 è stata investita del potere di indagare sui reati commessi nell'ambito del conflitto armato non internazionale che interessa il Paese, in quanto il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite con la Risoluzione 1970(2011)⁸⁴ ha attribuito alla CPI giurisdizione sulle gravi violazioni dei diritti umani commesse in conseguenza della guerra civile libica in forza dell'art. 13(1)(b) dello Statuto di Roma. La

81. Comunicazione, par. 555-558.

82. La Libia è in realtà l'unico Paese della regione del Maghreb (escludendo sud Sahara e Mauritania) a non aver neppure firmato lo Statuto di Roma. La Tunisia è l'unico ad averlo ratificato.

83. Statuto di Roma, art. 12.

84. Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, Risoluzione 1970(2011), 26 febbraio 2011, S/RES/1970 (2011), [https://www.undocs.org/S/RES/1970%20\(2011\)](https://www.undocs.org/S/RES/1970%20(2011)).

procuratrice della Corte ha inoltre annunciato che, almeno a partire dal 2017, all'interno delle proprie indagini sulla "situazione libica" potrebbero rientrare anche i reati commessi ai danni di persone migranti detenute in Libia⁸⁵. Percorrere questa strada tuttavia significa per la Procura imbattersi nell'ostacolo di dover dimostrare che i reati commessi contro i migranti ricadano nell'ambito del *referral* del Consiglio di Sicurezza del 2011; si tratterebbe così di provare che vi è un «collegamento sufficiente» tra il *referral* stesso – il quale ha attribuito alla CPI una giurisdizione di cui in via generale altrimenti non disporrebbe – e i crimini contro i migranti, dimostrando ad esempio che vi è una contiguità tra gli attori del conflitto non internazionale scoppiato nel 2011 e i crimini in questione⁸⁶.

In mancanza di un riscontro positivo, si dovrebbe immaginare uno scenario poco probabile in cui la procura della CPI sarebbe costretta a svolgere un'attività di indagine sulla responsabilità penale degli autori materiali (membri della GCL o delle milizie libiche), pur non avendo giurisdizione su tali reati in quanto esorbitanti rispetto al *referral* del CdS, con la prospettiva di esercitare eventualmente l'azione penale solo nei confronti dei presunti concorrenti europei.

Merita infine soffermarsi brevemente sulla questione della complementarità con le giurisdizioni nazionali. A tale proposito, occorre ricordare che la CPI nasce non tanto per sostituirsi ai sistemi giudiziari interni, quanto piuttosto per rimediare a possibili situazioni di impunità laddove tali sistemi non abbiano l'intenzione o siano incapaci di perseguire i gravi crimini internazionali su cui avrebbero giurisdizione⁸⁷.

Lo Statuto di Roma costruisce la giurisdizione della CPI in termini sottrattivi, affermandone l'insussistenza laddove le medesime persone siano già indagate o processate per i medesimi fatti dinanzi ad un'autorità nazionale. Ne discende che al di fuori di tali ipotesi nulla osta all'esercizio dell'azione penale da parte della Corte. La giurisprudenza della CPI ha più volte ribadito che al fine di effettuare questa valutazione, la Corte deve

85. La procuratrice della CPI, la gambiana Fatou Bensouda, aveva già informato il Consiglio di Sicurezza che alcuni crimini commessi a danno di migranti potrebbero rientrare nella giurisdizione della CPI, ma che una risposta poteva essere data solo all'esito di un'indagine approfondita, in grado di stabilire fatti e circostanze precisi. L'Ufficio del Procuratore attualmente sta raccogliendo e analizzando informazioni per valutare se vi siano elementi sufficienti al fine di instaurare un procedimento penale di fronte alla CPI per reati commessi contro i migranti (cfr. *Statement to the United Nations Security Council on the Situation in Libya, pursuant to UNSCR 1970 (2011)*, 2 novembre 2018, <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=20181102-otp-stat>).

86. Non si tratta di un ostacolo tanto di ordine temporale, dato che vi è un *continuum* tra scoppio del conflitto nel 2011 e fatti anche contemporanei, che coinvolgono gli stessi attori: ad esempio, non sembrano esservi dubbi che sussista la giurisdizione della CPI in relazione al bombardamento da parte delle milizie del generale Haftar sul Centro di detenzione a Tajoura il 3 luglio 2019, che ha provocato il decesso di decine di migranti e che sembra potersi senz'altro qualificare come crimine di guerra.

87. Statuto di Roma, art. 17, par. 1, lett. a). V. M. Benzing, *The Complementarity Regime of the International Criminal Court: International Criminal Justice between State Sovereignty and the Fight against Impunity*, in *Max Planck Yearbook of International Law*, 2003, pp. 591-632.

anzitutto accertare se lo Stato (o gli Stati) che avrebbe(ro) giurisdizione sui reati in questione abbia(no) posto in essere una qualche attività, quantomeno di indagine⁸⁸. In caso di riscontro negativo, ossia in presenza di uno scenario di assoluta inattività, il caso è *ipso facto* ammissibile dinnanzi alla CPI, non dovendosi verificare la sussistenza di ulteriori requisiti. Solo in caso di riscontro positivo la Corte procede a verificare se le autorità interne abbiano la volontà o la capacità di procedere correttamente, ad esempio valutando se vi sia un'indagine che si protrae oltre termini ragionevoli o se un eventuale procedimento si sia concluso con una decisione irragionevole di archiviazione o assoluzione⁸⁹.

Nel caso di specie, dal momento che non risulta che esista in Italia o in altri Stati membri alcuna attività volta ad accertare le responsabilità denunciate nella Comunicazione, dovrebbe dirsi sussistente in capo alla Corte la competenza a conoscere dei crimini *de quibus*, senza la necessità di ulteriori verifiche in merito a volontà o capacità di perseguirli da parte degli Stati europei⁹⁰.

6. I potenziali indagati

Da quanto sopra esposto si evince che, da un punto di vista teorico, non sembrano sussistere ostacoli a che la CPI dia avvio quantomeno ad una valutazione preliminare sulle

88. Cfr. *ex multis* Corte d'appello della CPI, *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case, ICC-01/04-01/07 OA 8, 25 settembre 2009, par. 78: «Nel valutare se un caso sia inammissibile in base all'art. 17 (1) (a) e (b) dello Statuto, le domande che occorre anzitutto porsi sono (1) se siano in corso indagini o processi, o (2) se vi siano indagini passate in cui lo Stato dotato di giurisdizione ha deciso di non rinviare a giudizio la persona in questione. Solo laddove la risposta a queste domande sia affermativa occorre considerare la seconda parte delle lettere (a) e (b), ed esaminare la questione della non volontà o dell'incapacità. Fare diversamente significherebbe mettere il carro davanti ai buoi.».

89. Cfr. proprio in relazione al caso della Libia Corte d'appello della CPI, *Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi*, Judgment on the appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I, ICC-01/11-01/11-547-Conf, 21 maggio 2014, par. 213.

90. Merita segnalare che nel suo più recente rapporto al Consiglio di Sicurezza, la procuratrice della CPI ha indicato come il suo ufficio sia impegnato, oltre che nella raccolta di elementi probatori in relazione a crimini commessi contro migranti in Libia, anche nella collaborazione con organizzazioni internazionali e autorità di singoli Stati al fine di promuovere azioni giudiziarie interne per i medesimi fatti, proprio in un'ottica di complementarietà nella lotta all'impunità (17° rapporto sulla Libia della Procuratrice al Consiglio di Sicurezza, dell'8 maggio 2019, <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/190508-rep-otp-UNSC-libya-ENG.pdf>, di cui è disponibile anche la traduzione in italiano (<https://specialelibia.it/2019/05/09/relazione-del-procuratore-internazionale-al-consiglio-di-sicurezza/>). L'azione della Procuratrice trova il pieno supporto politico del Segretario Generale delle Nazioni Unite, il quale nel suo già citato ultimo rapporto al Consiglio di Sicurezza definisce «imperativo investigare le notizie di violazioni sistematiche dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario con riferimento al trattamento subito da migranti e rifugiati detenuti, tra cui bambini, e perseguire gli autori di queste violazioni, al fine di evitare che restino impuniti» (par. 101).

presunte responsabilità penali individuali dei leader della UE o dei suoi Stati membri per i crimini delineati nella Comunicazione.

Quest'ultima, come già ricordato, non contiene al suo interno alcuna menzione di presunti responsabili, limitandosi ad indirizzare le proprie contestazioni a non meglio specificati «massimi responsabili» dell'Unione europea e dei suoi Stati membri. Ci si può dunque interrogare su chi, laddove la CPI decidesse di procedere, potrebbe essere chiamato a rispondere, tenendo a mente che, come già ricordato, nel diritto penale internazionale l'aver agito in qualità di capo di Stato o di governo – a differenza che nell'ordinamento italiano, come recenti vicende giudiziarie proprio in tema di migranti hanno stigmatizzato⁹¹ – non può mai dare luogo ad immunità dalla responsabilità penale⁹².

Verrebbero così in rilievo anzitutto i rappresentanti di autorità legislative e di governo che hanno concorso a formare la volontà di organi collegiali o individuali dell'Unione europea nel momento in cui essa abbia deliberato l'adozione di singoli atti di indirizzo politico, provvedimenti normativi, o misure attuative degli stessi. Trattandosi di istituzioni tra cui Consiglio europeo, Consiglio dell'Unione europea e Commissione europea, non può che venire in rilievo il livello di responsabilità dei capi di Stato e di governo e di alti rappresentanti dell'Unione quali ad esempio il presidente della Commissione e singoli commissari. Analoga responsabilità potrebbe insorgere anche in capo a ministri ed alti funzionari di singoli Stati membri in relazione a condotte che abbiano dato un autonomo contributo causale al sistema, come ad esempio, nel caso dell'Italia, la conclusione del noto *memorandum* di cooperazione con la Libia del febbraio 2017. Com'è evidente, si tratterebbe non solo (o non tanto) delle persone che attualmente ricoprono incarichi legislativi o di governo, quanto di tutti coloro che, nell'arco dei sette anni considerati dalla Comunicazione stessa, ricoprivano tali cariche al momento dell'adozione della decisione di volta in volta rilevante.

Né la responsabilità potrebbe in linea di principio essere circoscritta a coloro che abbiano adottato i provvedimenti la cui esecuzione ha materialmente contribuito alla commissione dei reati, posto che secondo un consolidato principio di diritto penale internazionale generale codificato anche nello Statuto di Roma l'aver agito in esecuzione di un ordine di commettere crimini contro l'umanità non costituisce mai una causa di

91. Il riferimento è al diniego da parte del Senato, il 20 marzo 2019, della richiesta da parte del Sezione Reati Ministeriali presso il Tribunale di Catania di autorizzazione a procedere contro l'allora ministro dell'interno Matteo Salvini per il reato di sequestro di persona pluriaggravato in relazione all'illegittima privazione della libertà di 177 migranti a bordo della nave Diciotti nel porto di Catania. V.S. Zirulia e F. Cancellaro, *Caso Diciotti: il Tribunale dei Ministri qualifica le condotte del ministro Salvini come sequestro di persona aggravato e trasmette al Senato la domanda di autorizzazione a procedere*, in *Dir. Pen. Cont.*, 28 gennaio 2019, <https://www.penalecontemporaneo.it/d/6450-caso-diciotti-il-tribunale-dei-ministri-qualifica-le-condotte-del-ministro-salvini-come-sequestro-d>.

92. Statuto di Roma, art. 27, par. 2.

giustificazione⁹³. Non sarebbe neppure necessario dimostrare che costoro abbiano concorso a *ideare* l'«attacco esteso o sistematico», essendo sufficiente che avessero «consapevolezza dell'attacco» e del fatto che le loro azioni od omissioni contribuivano a perpetuarlo.

Verrebbe pertanto in potenziale considerazione, per quanto riguarda ad esempio l'Italia, anche la responsabilità di alti dirigenti del Ministero dell'interno, dell'IMRCC o capitani di navi battenti bandiera italiana, venendosi così ad espandere ulteriormente ed in maniera significativa il novero degli individui che potenzialmente potrebbero essere chiamati a rispondere di concorso nei reati *de quibus*⁹⁴. Posto che spetterebbe esclusivamente alla Procura la decisione in merito a quali sospetti includere in un'eventuale indagine, il limite che l'esercizio dell'azione penale CPI incontrerebbe a questo riguardo sarebbe costituito dalla norma di cui all'art. 17 co. 1, lett. d) dello Statuto, secondo cui è inammissibile un caso che non sia «sufficientemente grave»⁹⁵. Sebbene tale requisito regoli l'ammissibilità di un procedimento dinanzi alla Corte, è indubbio che la gravità del reato costituisca anche un criterio dirimente per la Procura nell'esercizio della sua discrezionalità nel selezionare i casi, ed anche gli individui, da perseguire⁹⁶.

Merita infine accennare al fatto che le medesime condotte di cui si discute potrebbero anche ingenerare, oltre a responsabilità penali individuali, una responsabilità per illecito internazionale in capo allo Stato⁹⁷ e/o all'Unione europea⁹⁸. Si tratti di due profili che,

93. *Ivi* art. 33, par. 2.

94. Tale interpretazione del mandato della Corte è suffragata da un'interpretazione a contrario della norma di cui all'art. 25, par. 3-*bis* dello Statuto che, per il crimine di aggressione, limita la responsabilità penale ai soli vertici dello Stato, così confermando che la Corte ben può estendere la propria azione penale a livelli inferiori di responsabilità.

95. Si veda ad esempio il caso *Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia*, archiviato dalla Procura della CPI per insufficiente gravità dei fatti in esame, riguardanti un incidente isolato (cfr. <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=otp-statement-06-11-2014>). Cfr. M.M. deGuzman, *What is the Gravity Threshold for an ICC Investigation? Lessons from the Pre-Trial Chamber Decision in the Comoros Situation*, in *American Society of International Law*, online, 11 agosto 2015, <https://www.asil.org/insights/volume/19/issue/19/what-gravity-threshold-icc-investigation-lessons-pre-trial-chamber>.

96. Per ulteriori approfondimenti sulla nozione di «gravità sufficiente» si veda M. Longobardo, *Factors relevant for the assessment of sufficient gravity in the ICC. Proceedings and the elements of international crimes*, in *Questions of International Law*, 30 novembre 2016, <http://www.qil-qdi.org/factors-relevant-assessment-sufficient-gravity-icc-proceedings-elements-international-crimes>.

97. Per quanto il tema della responsabilità dello Stato per illeciti internazionali esuli dal *focus* di questo articolo, è opportuno quantomeno richiamare la netta affermazione dello *Special Rapporteur* del Consiglio dei Diritti Umani delle Nazioni Unite sulle esecuzioni extragiudiziali, sommarie o arbitrarie, il quale a riguardo delle uccisioni arbitrarie di migranti in Libia, nell'«escortare tutti gli Stati di destinazione ad interrompere finanziamento e fornitura di equipaggiamento finalizzato al controllo delle migrazioni», ricorda che secondo l'art. 15 del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati, «uno Stato che aiuti o assista un altro Stato nella commissione di un atto internazionalmente illecito da parte di quest'ultimo è internazionalmente responsabile per siffatto comportamento se: (a) quello Stato agisce così con la consapevolezza delle circostanze dell'atto internazionalmente illecito; e (b) l'atto sarebbe internazionalmente illecito se commesso da quello Stato.». Ricorda altresì lo *Special Rapporteur* che secondo il successivo art. 16 il contributo (volontariamente) prestato non deve essere essenziale alla commissione dell'illecito, essendo sufficiente che l'abbia agevolata (*Unlawful Death of Refugee and Migrants*, cit., pp. 10-11). Cfr. altresì M.

sebbene ben distinti oltre che sul piano teorico-giuridico anche per fonti normative e sede di accertamento giurisdizionale, sono talora inscindibilmente connessi, non solo perché entrambi trovano fondamento nei medesimi principi internazionali posti a tutela dei valori più fondamentali della comunità internazionale nel suo insieme⁹⁹, ma in quanto ben può la condotta individuale di un capo di Stato e di governo, così come in linea di principio quella di un qualsiasi altro organo dello Stato o di un'organizzazione internazionale¹⁰⁰, dare luogo a responsabilità di tipo penale sul piano individuale, ed al contempo far incorrere lo Stato¹⁰¹ o l'organizzazione in un illecito sul piano internazionale.

7. Prospettive di indagine e osservazioni conclusive

Laddove decidesse di intraprendere un'attività investigativa in relazione ai reati di cui si discute, la Procura della CPI non procederebbe immediatamente all'apertura di un'indagine, ma darebbe avvio ad una c.d. «valutazione preliminare» – una fase che può durare anche molti anni¹⁰² – all'esito della quale decidere se chiedere o meno l'autorizzazione all'apertura formale di un'indagine vera e propria. Potrebbe rendere meno inimmaginabile questo corso degli eventi il fatto che, come già ricordato, la CPI sia investita della “situazione” libica sin dal 2011, che la Procura abbia già raccolto numerosi elementi probatori in merito ad attori e accadimenti del conflitto libico e che la

Mancini, *Migranti: l'Italia e i loro diritti umani violati in Libia*, in *Affari Internazionali*, 27 dicembre 2017 <http://www.affarinternazionali.it/2017/12/migranti-italia-diritti-libia/>.

98. Al pari dell'art. 15 del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati, l'art. 14 del Progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali del 2011 (cfr. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_11_2011.pdf) prevede che l'organizzazione possa essere chiamata a rispondere sul piano internazionale di un illecito commesso da uno Stato o un'altra organizzazione internazionale, laddove l'organizzazione abbia agito con consapevolezza delle circostanze dell'illecito e l'atto sarebbe illecito anche se fosse stato commesso dall'organizzazione stessa.

99. B. Bonafé, *The Relationship Between State and Individual Responsibility for International Crimes*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 24).

100. Cf. Commissione di Diritto Internazionale, *Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, art. 7.

101. Cfr. B. Bonafé, *op. cit.*, pp. 17-18, 23, e 43 ss.; A. Nollkaemper, *Concurrence between Individual Responsibility and State Responsibility in International Law*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, luglio 2003, pp. 615-640. Cfr. altresì Corte Internazionale di Giustizia, *Case concerning application of the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, sentenza del 26 febbraio 2007, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf>.

102. Si veda a titolo di esempio la valutazione preliminare sui crimini internazionali commessi durante il conflitto in Ucraina, in corso dal 2014 (cfr. <https://www.icc-cpi.int/ukraine>) o quelle relative ai conflitti in Iraq (cfr. <https://www.icc-cpi.int/iraq>) e in Afghanistan (cfr. <https://www.icc-cpi.int/afghanistan>) in corso rispettivamente dal 2011 e dal 2012.

Procuratrice abbia più volte annunciato la propria attenzione anche ai reati commessi contro i migranti¹⁰³.

Anche solo l'apertura di una valutazione preliminare costituirebbe, da un punto di vista politico, un fatto inaudito e straordinariamente significativo.

Com'è noto, la grande maggioranza delle indagini formalmente aperte dalla Corte riguarda reati commessi nel corso di conflitti in Paesi del continente africano, e solo una delle undici indagini attualmente in corso dinanzi alla CPI riguarda uno Stato, l'Ucraina, che può definirsi almeno geograficamente europeo. Non sarebbe invece la prima volta che la Procura svolge accertamenti su possibili responsabilità di cittadini di un Paese UE, in luce della valutazione preliminare in corso sugli abusi commessi da militari dell'esercito britannico durante le operazioni militari in Iraq tra il 2003 e il 2009. A prescindere dalla nazionalità dei possibili sospetti, certamente inaudita sarebbe l'apertura di una valutazione preliminare in relazione a individui che hanno agito nella loro qualità di massimi apparati dello Stato, trattandosi di un livello di responsabilità – quello di capi di Stato e di Governo – che la CPI ha finora attinto solo nel caso del presidente sudanese Omar al Bashir, tuttora in carica, e del defunto presidente libico Muammar Gheddafi.

Non si può poi non osservare che un'eventuale indagine su personalità di livello così elevato esporrebbe la CPI ad un potenziale *vulnus* di legittimazione politica¹⁰⁴, atteso che i Paesi europei sono attualmente tra i più fervidi sostenitori della CPI (peraltro anche sita in un Paese europeo, l'Olanda), e soprattutto in un momento in cui l'autorità della Corte è messa in forte discussione dall'aperta ostilità dell'amministrazione Trump, dalla paucità di nuove ratifiche nell'ultimo decennio e dalla recente revoca della ratifica negli ultimi anni da parte di due Stati (Burundi nel 2017 e Filippine nel 2019)¹⁰⁵.

Vi è un ultimo ostacolo, non sottaciuto dalla stessa Comunicazione¹⁰⁶, che contribuisce a rendere remota la prospettiva dell'apertura di un procedimento, per quanto preliminare, sulle responsabilità di cui si è discusso in questo articolo. Si tratta di una barriera mentale, che rende difficile pensare all'Unione europea, un sistema pienamente democratico e liberale, in passato capofila della lotta per i diritti umani, come un'organizzazione

103. Si veda *Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, in relation to the escalation of violence in and around Tripoli, Libya*, 16 aprile 2019, nel quale la Procuratrice ha affermato «non esiterò ad espandere le mie indagini e aprire possibili processi in relazione a nuovi episodi criminosi che ricadono nella giurisdizione della Corte», <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=190416-otp-stat-libya>; cfr. altresì il già citato 17° rapporto della Procuratrice al Consiglio di Sicurezza, e nel quale si afferma che la Procura è costantemente impegnata nella raccolta di prove al fine del possibile esercizio dell'azione penale anche in relazione ai crimini contro i migranti in Libia.

104. Cfr. Comunicazione, par. 503-506.

105. Due altri Stati, Sudafrica e Gambia, hanno ritirato la loro già annunciata revoca, prima che questa divenisse effettiva.

106. Comunicazione, par. 1007.

criminale. Non può nascondersi una certa ritrosia, per un cittadino europeo, a contemplare l'idea che lo «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» nel quale vive sia in realtà governato da leader politici senza scrupoli che potrebbero essere chiamati a rispondere di crimini contro l'umanità, alla stregua di criminali originari di Paesi per lo più remoti, autori di atrocità inenarrabili, presentati come «profondamente malvagi»¹⁰⁷, e per questo percepiti come ontologicamente *altri* da noi.

In questo senso, la Comunicazione scaglia un macigno nello stagno per lo più placido della nostra coscienza, imponendo all'opinione pubblica europea una questione profondamente democratica di legittimazione dell'operato della Corte: può quest'ultima davvero rappresentare una garanzia contro l'impunità per crimini internazionali continuando a confinare la propria azione repressiva ad autori "deboli" del cosiddetto Sud del mondo? Può la Corte tenere immuni i governanti europei dalla prospettiva di un accertamento delle loro responsabilità (di tutta evidenza, quantomeno sul piano politico)¹⁰⁸ per le atrocità commesse in Libia, senza abdicare al suo ruolo di giurisdizione complementare a quelle nazionali proprio laddove queste ultime – quali che esse siano – non riescono o non vogliono proteggere le popolazioni e i gruppi sociali più deboli contro gli atti di chi detiene il potere? Così come il Tribunale per l'Ex Jugoslavia ad esempio non intraprese mai alcuna iniziativa sulle evidenti responsabilità di agenti NATO nei bombardamenti su obiettivi civili durante la guerra in Serbia e in Kosovo nel 1999, può la Corte intenzionalmente rifiutarsi di procedere, anche in presenza di precise indicazioni di atrocità di massa commesse in Libia, nei confronti di coloro che a tali fatti hanno dato un preciso e sostanziale contributo?

Quale che ne sia l'esito finale, la Comunicazione, anche solo per aver coraggiosamente imposto all'ordine del giorno la questione delle responsabilità dei massimi vertici della UE e dei suoi Stati membri per i reati commessi in Libia, una questione che sembra ancora a molti un tabù, ha già raggiunto un primo, importante risultato.

107. Così I. Kalpouzou e I. Mann, *Banal Crimes Against Humanity: The Case of Asylum Seekers in Greece*, in *Melbourne Journal of International Law*, 2015.

108. Si veda in tal senso, per l'autorevolezza della fonte, il già citato rapporto del Segretario Generale del 26 agosto 2019, nel quale egli «esorta gli Stati a rivedere le politiche che danno sostegno al ritorno di rifugiati e migranti sulle coste libiche» (par. 101); nello stesso senso si era espresso in precedenza il Rappresentante Speciale del Segretario Generale nella sua relazione al Consiglio di Sicurezza, esortando «i Paesi europei a [...] rivedere le proprie politiche e trasferire i migranti in sicurezza» (Remarks of SRSG Ghassan Salamé to the United Nations Security Council on the situation in Libya, 29 luglio 2019, <https://unsmil.unmissions.org/remarks-srsg-ghassan-salamé-united-nations-security-council-situation-libya-29-july-2019>).